

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVA DE FUTURO



CONCEPTO

Procedimiento mediante el cual una mujer llamada “madre gestante”, “madre de alquiler” acepta a someterse a alguna técnica de reproducción humana asistida para llevar a cabo una gestación a favor de una persona o pareja llamada “comitente” a quien o quienes se compromete a entregar el/la/los/las niño/a/s una vez de haya producido el alumbramiento, renunciando a cualquier vínculo de filiación con el nacido, determinándose la filiación a favor de los padres de intención o sujetos comitentes haya mediado o no prestación económica entre los sujetos intervinientes.



REGULACIÓN

- Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA):

1. *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*

2. *“La filiación de los nacidos por gestación por sustitución se determinará por el parto”.*

3. *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*

TIPOLOGÍA

TRADICIONAL:

- La madre gestante aporta su útero y sus óvulos.
- El material genético masculino puede provenir:
 - A) del comitente
 - B) De un donante en cuyo caso los padres de intención no aportan material reproductivo.

GESTACIONAL:

- La mujer gestante solo aporta su útero para la gestación
- El material genético –óvulos y espermatozoide-son aportados por los padres de intención o por algún donante.



FECUNDACIÓN

HOMÓLOGA:

Los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o a la pareja.

La madre subrogada únicamente gestará en su útero el embrión que habrá sido transferido tras una fecundación in vitro.

HETERÓLOGA:

La madre gestante aporta su útero siendo proporcionado el material genético por ella misma o por una donante.

El material genético aportado por el varón podrá provenir del padre de intención o de donante anónimo.



- La determinación de la filiación del nacido a favor de los padres intencionales tendrá efectos territoriales, es decir, en el país que se llevó a cabo la gestación.
- Sin embargo, cuando los padres comitentes son ciudadanos españoles se plantea el reconocimiento de la extraterritorialidad de la filiación declarada en el país originario y su efectividad en el Estado de residencia de los menores, es decir, España.

SUPUESTO DE HECHO QUE DIO VOZ A LA CONTROVERSIA EN ESPAÑA

Dos varones españoles casados entre sí presentan solicitud ante el Encargado del Registro Civil de España en Los Ángeles para inscribir el nacimiento de sus dos hijos nacidos mediante gestación por sustitución, nacimiento que tuvo lugar en el Estado de California el 24 de octubre de 2008.

La técnica de reproducción humana asistida empleada fue la gestación por sustitución gestacional en la que la madre gestante aportó su útero.

El material genético fue aportado por una donante anónima de óvulos y por ambos varones.



- Los padres intencionales solicitan la inscripción del nacimiento ante el Consulado de España en Los Ángeles adjuntando:
 - El certificado literal del nacimiento de los menores expedido por el Estado de California
 - Certificados literales del nacimiento de los comitentes
 - Pasaporte de ambos
 - Libro de Familia, habían contraído matrimonio el 30 de octubre de 2005.

- El Encargado del Registro Civil deniega la inscripción de la filiación a favor de los padres comitentes argumentando:
 - Artículo 10 de la LTRHA que declara la nulidad de pleno derecho de los acuerdos de gestación subrogada. (El Funcionario lleva a cabo una tutela declarativa).
 - Ante la negativa de la inscripción los padres comitentes formulan recurso ante la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

- Estima el recurso interpuesto:
 - La cuestión planteada no es un problema de determinación del Derecho aplicable a la filiación, sino un problema de validez extraterritorial de las decisiones.
 - Aplicación del art. 81 del RRC : la certificación registral extranjera constituye una decisión adoptada por las autoridades extranjeras que constata el nacimiento y la filiación del nacido.

– El Encargado del Registro Civil Consular debe llevar a cabo un “control de legalidad” de la certificación registral extranjera:

- A) debe ser un documento público.
- B) elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas.
- C) no implica que la certificación registral extranjera contenga las exigencias imperativas ineludibles para que la misma tenga fuerza en España (resuelva el caso de forma idéntica a como lo haría la legislación española), sino **que no vulnere el orden público internacional español.**

INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

- La inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución sólo podrá realizarse presentando:
 - Solicitud de inscripción
 - Resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

- Salvo que se aplique Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de **exequátur** según establece la LEC.
- Para proceder a la inscripción deberá presentarse ante el Registro Civil:
 - Solicitud de inscripción
 - Auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur.

- Si la resolución judicial extranjera tiene su origen en un **procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria**, el Encargado del Registro Civil llevará a cabo un control incidental que implica:
 - Regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera
 - Tribunal de origen basa su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados por la legislación española
 - No existe vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante (consentimiento libre y voluntario)
 - Resolución judicial extranjera es firme.

- En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, la simple certificación registral extranjera acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante

STS DE 6 DE FEBRERO DE 2014

- La RDGRN de 2009 fue recurrida por el Ministerio Fiscal finalizando el procedimiento en casación ante el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.
- La STS de 6 de febrero de 2014 desestima la pretensión de los padres comitentes fundamentándose, entre otras razones:

- Art. 10 de la LTRHA.
- La ilegalidad del hecho inscrito no respeta los límites del orden público español
- Vulneración de la dignidad de la madre gestante y del niño: mercantilización de la gestación y de la filiación y cosificación de la mujer y del niño.
- Inexistencia de discriminación por razón de sexo
- Interés superior del menor
- No vulneración de la identidad del menor
- No vulneración del derecho a la vida privada y familiar del menor (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales)

- Solución del Tribunal Supremo:
 - Prueba biológica que determine la filiación a favor del varón cuyo material genético fecundó el óvulo. Ejercicio de una acción de reclamación de la filiación.
 - Adopción por el varón cuyo material genético no fecundó el óvulo de la donante.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 24 DE JUNIO DE 2014

Asuntos *Menneson versus Francia* y *Labasse versus Francia*.

La Corte de Casación Francesa niega la inscripción:

Hecho cometido en fraude de ley. El art. 16, 7º y 9º del *Code* establecen que cualquier convención para la procreación o gestación por cuenta de otro es nula produciéndose una vulneración del orden público francés

Los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y de indisponibilidad del estado civil de las personas se oponen al reconocimiento de la gestación por sustitución.

A faint, stylized map of France is visible in the background of the text area.

Francia

Este pronunciamiento fue recurrido por ambas parejas ante el TEDH sustentando su recurso, entre otras cuestiones, en el art. 8 del CEDH –respeto al derecho a la vida privada y familiar-

A dark red silhouette map of France is centered in the background of the slide. The word "Francia" is written in white, bold, sans-serif font across the middle of the map.

Francia

DERECHO A LA VIDA FAMILIAR: habiéndose acreditado que padres e hijos habían podido establecerse en Francia poco después del nacimiento, que viven juntos en una situación comparable a las de otras familias y ante la ausencia de riesgo de que las autoridades decidan separarles, se considera que se ha alcanzado un JUSTO EQUILIBRIO entre los intereses de los recurrentes y los del Estado

DERECHO A LA VIDA PRIVADA: el respeto al derecho a la vida privada de los menores incluye su identidad donde queda enmarcada la filiación y, en este punto, la Corte de Casación vulnera este derecho.

Existe una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa y el derecho a heredar de los padres comitentes, incertidumbre que adquiere mayor intensidad cuando uno de los miembros de la pareja es el padre biológico.



AUTO ACLARATORIO DEL TS DE 2 DE FEBRERO DE 2015

- Los padres comitentes ejercitan un INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES alegando la vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 de la CE) donde se integra el derecho a la no discriminación por razón de sexo o de orientación sexual.
- Art. 7.3 de la LTRHA
- Invocan la STEDH de 24 de junio de 2014.

- “los supuestos son diferentes por razones evidentes. La existencia de desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente (...) la causa de denegación de la inscripción no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución (...). La solución hubiese sido la misma si los contratantes hubiesen constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho o una sola persona, hombre o mujer”

- El Auto Aclaratorio reitera el pronunciamiento de la STS de 6 de febrero de 2014:
 - Reclamación judicial de la paternidad por aquel de los varones cuyo material genético fecundó el óvulo que fue gestado por la madre de alquiler
 - Adopción del menor por el marido de éste al quedar descartada la filiación biológica.

CIRCULAR DE LA DGRN DE 11 DE JUNIO DE 2014

- ***“En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 está plenamente vigente por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y la filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero constituya un obstáculo para ello”.***

MATERNIDAD SUBROGADA Y PRESTACIONES SOCIALES. STS DE 25 DE OCTUBRE DE 2016



ORDEN CIVIL

- Nacimiento de dos niñas en Nueva Delhi mediante gestación subrogada en 2013 (semen del padre comitente /óvulos donados por la mujer que también llevó a cabo la gestación).
- Demandante de las prestaciones en el orden social fue el padre biológico de las niñas.
- Vigencia de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.
- Determinación de la filiación paterna en base al art. 120.1 del CC “reconocimiento por el varón de la paternidad extramatrimonial”

ORDEN SOCIAL

- Aplicación del art. 133 de la LGSS de 1994 actual art. 117 de la LGSS de 2015 interpretando la norma :
 - A la luz de la realidad social del tiempo en que han de ser interpretadas
 - Al espíritu y finalidad de la norma

¿Fraude de ley del padre biológico?

- Artículo 6.4 del CC:
 - Norma de cobertura: art. 120 del CC
 - Norma defraudada:
 - art. 10 de la LTRHA
 - Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010
- No obstante, el TS concede la prestación al padre solicitante (APLICACIÓN ANALÓGICA) *“el que una Ley civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad subrogada no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar, y tal situación de necesidad debe ser afrontada (...) procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos”*

¿PERSPECTIVAS DE FUTURO?

ASPECTOS MÁS DESTACABLES A RESALTAR EN ESTA PROPOSICIÓN DE LEY

- ARTÍCULO 4.2: “el progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida”
- ¿QUÉ SUPUESTOS DEBEN INCLUIRSE?
 - INFERTILIDAD: fallo en alguna fase del sistema de sincronías orgánicas entre el hombre y la mujer
 - ESTERILIDAD: incapacidad para lograr la fecundación
- ¿AMBOS COMITENTES DEBEN SER ESTÉRILES O INFÉRTILES?
- ARTÍCULO 8.1: “podrá ser progenitor subrogante toda persona que tras haber agotado o ser incompatible con otra técnica de reproducción humana asistida, decide acudir a la gestación por subrogación aportando su propio material genético (...)”

- ARTÍCULO 8.3: en caso de matrimonio o parejas – heterosexuales o igualitarios- debe cumplirse la exigencia del apartado uno por alguno de ellos.
- ¿QUIÉN PODRÁ SER USUARIO ?
 - Matrimonios o parejas heterosexuales que sufran infertilidad
 - Matrimonios o parejas heterosexuales en los que algún miembro de la pareja sea estéril, **pero no ambos** ya que necesariamente uno ha de aportar material genético
 - **Imposibilidad biológica manifiesta en caso de matrimonios igualitarios o parejas de hecho integradas por varones** siempre que alguno de ellos aporte material genético
 - **En el supuesto de un hombre o una mujer en su individualidad debe aportar su material genético.**

REQUISITOS SUBJETIVOS

EN LOS PROGENITORES SUBROGANTES

- Plena capacidad jurídica y de obrar
- Mayor 25 años, menor 45 años.
- Nacionalidad española o residencia legal en España
- Tener capacidad, aptitud y motivación adecuada para ejercer la responsabilidad parental

EN LA MADRE GESTANTE

- No puede aportar material genético propio.
- Mayor de 25, menor se fije reglamentariamente.
- Plena capacidad jurídica y de obrar.
- Buen estado de salud psicofísica:
 - Haber gestado, al menos, un hijo sano
 - Buena situación socioeconómica y familiar
 - Nacionalidad española o residencia en España
 - Sin antecedentes penales
 - Sin antecedentes en consumo de drogas y alcohol
 - No haber sido madre gestante anteriormente.

¿ÁNIMO DE LUCRO?

- COMPENSACIÓN ECONÓMICA
 - Con ello se excluye la solidaridad
 - ¿Cómo se cuantifica?
- LUCRO CESANTE
 - ¿Aquello que la mujer deja de ganar por estar embarazada?
 - No es una indemnización a calcular por un juez
 - Es una cuantía que pactan las partes en el convenio de subrogación.